

PROCURATORATE



中国检察改革与 实务研究

主编：李伟民

(下)

研究出版社

中国检察改革 与实务研究

主编：李伟民

(下)

研究出版社

第四部分

职务犯罪
侦查与预防

浅谈检察机关特情侦查手段的运用及完善

陈 节

职务犯罪是一种隐蔽性极高、侦查查证较难的犯罪类型。然而,当前我国检察机关办理职务犯罪案件的侦查方式还相当落后,不能及时、有效地打击职务犯罪、依法惩治腐败行为。笔者认为,转变职务犯罪侦查模式,构建职务犯罪特情侦查体系,在调查取证中灵活运用特情侦查手段进行侦查,是当前摆脱职务犯罪侦查取证工作困境的重要途径。

一、特情侦查的概念界定

司法实践中,特情侦查作为一种有效的侦查手段被公安机关广泛地运用于办理毒品犯罪等案件,而检察机关在职务犯罪案件的侦查中较少采用。我国学者对特情侦查概念的界定主要有以下几种:(1)“警察圈套”。是指警察、司法人员或者他们的代理人为了获得对某人提起刑事诉讼的证据而诱使他人实施某种犯罪的行为;(2)“诱惑侦查”。是指为了侦缉隐蔽且无被害人的犯罪,侦查以及协助侦查的有关人员,以实施某种行为有利可图为诱饵,暗示或诱使他人进行犯罪,待犯罪行为实施时或结果发生后,拘捕被诱惑者的特情侦查手段;(3)“侦查陷阱”。是指警察、司法人员或者他们的代理人为了获得指控某人犯罪的证据,而积极地诱使他人实施某种犯罪的行为。

以上对特情侦查的论述,都把特情侦查等同于为了获取证据而实施的诱惑他人犯罪的侦查手段,都没有把握住特情侦查的实质,并且容易使人误认为特情侦查就是诱惑侦查。事实上,特情侦查获取案件线索、收集犯罪活动证据的方式远不止于这一种。据此笔者认为,对职务犯罪特情侦查概念的合理界定,必须从其产生的目的上去考虑。职务犯罪特情侦查,亦可称之为“秘密侦查”,指的是检察机关采取隐瞒身份、目的、手段的方法,在侦查对象不知晓的情况下,运用技术装备调查作案人和案件证据的一种秘密侦查措施,包括电子监听(俗称窃听)、秘密录像、秘密拍照、用机器设备排查、传送个人情况数据以及用机器设备对比数据等手段,从而发现犯罪线索,收集犯罪证据,乃至抓捕犯罪嫌疑人的活动。由于特情侦查往往要使用一些专门的科学技术手段,所以又与“技术侦查”相联系。其特点在于不经当事人知晓而运用技术装备秘密调查、秘密取证,因而是典型的秘密侦查措施,但是,技术侦查措施又不能等同于特情侦查措施,因为特情侦查措施除了技术侦查手段之外,还包括邮检、情报员诱捕等侦查措施。因而特情侦查的概念在外延上大于技术侦查。

二、确立特情侦查制度的法理依据

我国《宪法》第40条规定,公安机关和检察机关“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要”,可以“依照法律规定的程序对通信进行检查”。现行《刑事诉讼法》第116条规定,侦查人员可以扣押犯罪嫌疑人邮件、电报。1993年颁布的《国家安全法》第10条规定,国家安全机关因侦查危害国家安全行为的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。1995年颁布的《人民警察法》第16条规定,公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。1989年最高人民检察院、公安部《关于公安机关协助人民检察院对重大经济案件使用技侦手段有关问题的答复》规定,“对经济案件,一般地不要使用技术侦查手段。对于极少数重大经济犯罪案件主要是贪污贿赂案件和重大的经济犯罪嫌疑分子必须使用技术侦查手段的,要十分慎重地经过严格审批手续后,由公安机关协助使用。”另据了解,最高人民检察院曾委托有关单位和个人起草了《职务犯罪证据问题研究》,该报告建议设立受贿案

件诱惑侦查制度,允许检察官在特定情形下与行贿人一道参与行贿并取证。报告已得到高检院的肯定,并将为刑事诉讼法修改提供借鉴。上述相关法律文件对侦查机关在特殊情况下使用技术侦查手段作出了规定,虽然没有对建立特情侦查制度作出明确规定,但我国今后在立法上确立特情侦查制度是一种必然的选择。因为贪污贿赂等职务犯罪作为权力型犯罪,随着腐败与反腐败的反复较量,越来越具有高智能性和高隐秘性等特点,运用常规侦查手段很难获得有效证据。为提高打击职务犯罪的成功率,特情侦查目前已成为世界上许多国家采取的用于惩治腐败的重要手段,并取得了较好效果。如在香港廉政公署,建立一支专门以“卧底”为职业的队伍。而且每次“卧底行动”的检控成功率都很高。因此不少东南亚国家和地区如新加坡、马来西亚、澳门的反贪机构纷纷派出侦查人员到香港参加培训。

三、特情侦查体系的框架构成

1. 秘密监听、监控。是指侦查部门为搜集证据,发现犯罪嫌疑人,通过电讯技术手段,对于犯罪嫌疑人的讯息及与之有关的通讯往来进行探听和记录。秘密拍照、录音、录像等行为与监听通讯在性质上有共同之处,也应将其与监听通讯一同规定。由于监听、监控可能造成公民的隐私权与通讯自由权受到侵害,因此监听、监控行为应当符合规范:(1)限定适用案件范围,并要求只有在普通侦查手段难以获取证据时才能使用。(2)监听对象应当明确,监听对象主要指相关涉案人员,但不得对律师与犯罪嫌疑人之间的通讯进行监听。(3)监听程序规范,包括监听的提请和批准程序、监听期限、监听中发现其它犯罪的处理等程序。(4)监听获取的秘密应当严格保护,对于在监听过程中所获知的国家秘密、商业秘密和个人隐私,监听人员有保密义务。

2. 心理测试(俗称测谎)。是指运用普通心理学、犯罪心理学、实验心理学、神经心理学和电生理学等原理,根据心理痕迹的可测性和案件的调查材料,编制成套测试题目对当事人及其他有关人员提问,再通过心理测试系统软件硬件实时同步记录人的多项心理生理指标,通过对图谱的评判和观察分析,将违法犯罪嫌疑人与无辜者准确地区分开来的心理鉴定技术。在使用心理测试侦查手段时我们应当注意:(1)限定测试的主体资格,鉴于目前这项技术对于测试人员依赖性较大,而且目前国内的测试人员素质良莠不齐,测试人员必须由国家进行统一的资格认定。(2)明确测试适用对象,测试对象应包括犯罪嫌疑人、证人和被害人,但对于一些不适于测试的人不得进行心理测试。(3)制定严密的测试技术规范与步骤,主要应包括测试环境的选取、测前谈话、测试编题、测试图谱的评判、测后谈话等几个方面的内容。

3. 诱惑侦查。是指侦查人员为侦破某些特定犯罪,以实施某种行为为诱饵,暗示或诱使侦查对象暴露其犯罪意图并实施犯罪行为,待犯罪行为实施时或结果发生后,拘捕被诱惑者的手段。由于诱惑侦查手段在实施时存在着弊端,可能诱使本无犯意的人犯罪,为减少负面影响应当做到:(1)限定实施主体,诱惑侦查的实施者可以是侦查人员也可以是受侦查人员指派的其他人员,而卧底侦查的实施者必须严格挑选。(2)禁止诱发犯意,在实施诱惑侦查手段时,不得采取可能使他人产生犯罪意图的方法。(3)对秘密侦查人员实施保护,为保证秘密侦查人员的安全和工作的积极性,必须对侦查人员的身份保密。

4. 侦查技术装备和设施共享。构建技侦设备共享机制的目的是把视听技术、信息技术、计算机技术等现代化科技手段运用于反贪侦查中,去发现线索、收集固定证据、侦破案件,以提高揭露犯罪、证实犯罪的水平。(1)在侦查设备的配置上,除了常规的通讯、交通工具以及录音、摄像、照相、扫描等设备外,应重点配置特殊的以截取、收集、固定职务犯罪的视听证据设备,如配置移动式视音频侦控箱、隐蔽式摄像包、无线发射机和接收机、远距离定向麦克风、红外夜视仪等装置,有条件的单位还应与电信部门加强合作,引进卫星定位系统和网络型电信侦控设备,同时对监控系统进行改造,以达到数字化、网络化、一体化的要求,并不断拓展监控系统的使用功能;在检验鉴定设备上,应配置拉曼光谱仪、声纹鉴别仪、经外文检仪等设备,为侦查工作提供方向。(2)把信息化建设放在重要的位置,组建全省检察机关侦查装备和设施共用协作网,实现省院、市院、

县院的专线电话、视频会议和计算机数据传输系统“三网合一”的运行功能,发挥计算机和网络在收集、管理、传输和利用职务犯罪情报信息中的作用,实现资源共享。(3)组建看守所检察专用关押室及监控系统,为发现和挖掘大墙内职务犯罪案件提供条件。

(作者单位:浙江省温州市平阳县人民检察院)

检察机关获取侦查信息外部协作机制的建立与完善

沈志恩 陈 斌 张 帆 江 洲 傅晓峰

一、职务犯罪侦查急需扩大外部侦查信息的获取

目前,很多职务犯罪案件的侦查,尤其是大案要案的查办中,检察机关面临的难题主要体现在发现线索难,缺乏足够的侦查信息、证据支持办案,具体表现在以下三个方面:

1. 涉案单位内部制度层面的完善使职务犯罪信息线索的发现更难。随着法治建设进程的不断推进,政府机关、国有企事业单位等各行各业的内部制度更加完善,工作流程更加规范,相关人员的法治观念、法律意识都在增强,很大程度上防止了很多原来由于工作不规范、监督不到位而导致的制度性腐败问题的产生。同时,外表的合规合法性使我们侦查时想从制度缺陷层面获取侦查信息线索的空间急剧缩小,不深入调查就不能掌握在其内部规定、具体操作流程掩盖下的违法行为,就不能获取足够有用的侦查信息。

2. 腐败分子犯罪手段的进一步隐蔽化使侦查信息隐藏的更深。随着反腐败工作的深入,腐败分子的反侦查意识在不断增强,往往利用内部机制的缺陷和监管不到位掩盖腐败意图。借助证券期货、赌博、中介机构、电子交易等新工具的利益交换手段不断出现,腐败行为与获利行为之间关联性的形式表现更加隐蔽与弱化,留下的有形证据越来越难被掌握。

3. 职务犯罪大案要案涉案范围加大、涉及环节增多使侦查信息获取的广度显著增加。由于大案要案涉案人员层次高、范围广、手段环节多等特点,查处时往往涉及纪检、监察、公安、税务、工商、海关、金融、证券、审计等不同的执法执纪职能机关、专门领域,要完全掌握腐败分子的犯罪动机、行为、结果以及相应的经济往来、具体交易情况等事实,仅靠检察机关的一家之力很难。

二、建立拓展外部协作网络,拓宽侦查信息获取的外部渠道

面对当前职务犯罪侦查急需扩大外部侦查信息的获取的现状,确保获取充足的侦查信息,检察机关加强与相关单位的协作,拓宽信息外部获取渠道,拓宽与健全外部协作机制与网络,已是势在必行,建议从以下四个方面着手完善。

1. 建立健全与纪检、监察、审计、信访等监督机关的协作机制。不断完善充实现阶段与纪委的协作联络机制,加强与监察、审计、信访等其他监督机关的沟通协作,建立重点人员、重点领域相关违法违规信息交流的平台,定期开展违法信息与监督协作方式的分析总结。

2. 健全与公安、税务、证券、银行、工商等掌握专门公共资源的机关单位的查询协作机制。由于职务犯罪案件查办中往往需要获取很多具有共性的公共服务资源,比如身份信息、银行账户信息、工商登记信息、通信讯息,因此,需要将目前“一案一议”的协商查询方式转变为依靠固定的协作机制的查询方式,来解决侦查中的共性问题。通过与公安、税务、证券、银行、工商、通讯公司等有关部门建立信息查询的长效机制,凭双方商定的固定文书或其他形式,建立信息的快速查

询通道。

3. 健全刑事司法与行政执法等执法单位的衔接机制。根据法律赋予检察机关的监督职能,为防止行政执法机关有选择性地移送案件和公安机关应当立案而不立案现象的出现,应建立健全与行政执法单位的衔接机制,加强配合和监督。一是加强分类指导,结合各行政执法机关的管辖范围及职权,将查处严重行政违法案件可能涉及的相关罪名及其立案标准进行分类,为行政执法机关和公安机关准确把握移送和立案标准提供指导。二是完善提前介入和备案审查制度,要求行政执法机关在调查严重行政执法案件时,邀请公安机关派员同步取证和检察机关派员引导侦查;在移送公安机关立案的同时,将案件材料报检察机关备案。三是引入人大对衔接工作的监督机制,从立案监督的角度,对不移送、不立案的原因进行剖析,提出对策建议,提请人大进行专项监督,确保监督的刚性。

4. 建立健全与企业、基层团体、行业协会、新闻媒体等社会力量的衔接机制。社会力量历来都是发现、揭发腐败的重要渠道,这一渠道在信息化时代发挥的作用尤其强大。所以,一方面我们要畅通自身被动接收这些腐败信息的窗口,另一方面,也要主动与企业、社会团体、新闻媒体进行一定的联系,建立一套有效的沟通机制,将重要的社会监督信息转化为职务犯罪侦查信息。

三、完善信息获取具体措施,健全外部协作机制与网络

为充分发挥外部协作机制与网络的作用,需将“协调”主要为在具体问题上“一事一议”的方式,转变为主要靠协作制度与机制来解决侦查共性问题的方式,通过与相关部门联合制定规范性文件,建立信息互通、资源共享的长效型协作平台。因此检察机关必须不断改革创新具体的工作方法,以相应的活动或行动来深挖其中的侦查信息,巩固和发展现有的协作形式,保证侦查信息获取的全面、深入、有效、稳定,提升办案能力。

1. 以具体案件查办为主要载体,充分利用建成的外部网络。检察机关每年都会查办一定数量的职务犯罪案件,借查办具体案件的机遇,充分利用与监督机关、职能机关和专门领域的单位形成的协作机制、查询快速通道,从多方渠道捕捉当前办理案件或类似案件的线索、信息,一方面便于当前案件的办理,另一方面给办理类似案件提供有益的帮助,充实自身基础信息的收集量,同时,还能对现有的协作机制与网络对帮助办案侦查在哪些方面的不足提出直接的建议。

2. 以职防共建、行政执法监督等为重要方式,主动了解腐败发生的内部工作机制与流程。积极与曾经的涉案单位行业、当前腐败的高危单位行业的加强联系,以职务犯罪预防共建的形式,在帮助相关单位找寻制度的缺陷、监管是否到位以建立健全防腐制度的过程中,主动了解相关单位、行业的一些工作机制与流程、涉及可能存在权力寻租的环节,针对行政执法信息共享平台上的信息,主动了解相关行政执法决定、行为的具体操作流程、人员与处罚对象,将收集到的相关归入基础信息库,并有针对性的展开深入分析,找寻突破口,为自侦工作中侦查方案、策略的形成提供帮助。

3. 以举报、法制宣传为重要窗口,调用社会力量参与侦查信息的提供。加大举报、法制宣传的力度、广度,深入基层,广泛开展与重点企业、基层团体、行业协会、新闻媒体等的交流座谈,利用电视、报刊、网络等各种媒体,定期且有针对性的宣传反腐工作与腐败发生的最新态势,通过不断创新完善宣传的方式方法,加强宣传效果的反馈收集,让更多的人知道怎样的情况和行为可能涉及腐败以及如何反应自己所掌握的腐败信息。同时,注重我们进行信息提供人保密保护工作的宣传,创新信息提供的奖励方法,使提供人不用暴露自己就能获得应有的奖励。

4. 整合内部衔接机制,综合利用外部协作网络。外部协作机制与网络的建设不仅是自侦部门的事,也是充分发挥民行、监所、侦监、公诉等非自侦部门的对外监督职能的需要。基于“大自侦”的内部一体化侦查思路,应积极发挥侦监、公诉、民行、监所等部门工作中建立的外部协作机制与网络的为协助自侦办案的作用,增加发现职务犯罪信息的意识,提高初查能力,并理顺内部的信息衔接机制,充实侦查基础信息库,同时,自侦部门应有专门的信息收集管理分析队伍,整合各

部门掌握的外来信息资源,进一步提高侦查信息的综合利用能力,以最大限度地发挥检察机关现有的侦查警力和资源。

5. 注重总结宣传,提高外协网络应用的自觉性。对于已建立的对外协作机制和网络,检察机关需要与相关机关或单位经常总结应用的成果,根据形势的发展,不断加以修改、补充,相互监督、相互促进,并共同开展宣传,提高社会的知晓率,以公开透明的态度,接受广泛监督,提高双方对协作机制和网络的应用自觉性,使协作机制得到实实在在的有效运行。

在练好内功的前提下,检察机关只有能保证获取足够的外部侦查信息,才能掌握侦查办案的主动权,才能进一步增强检察机关的反腐败能力。因此,只有通过与外部的“协调”,争取有关单位和部门大力协助,建立和完善侦查的长效外部协作机制,建立信息互通、资源共享的长效型协作平台,保证侦查信息获取的全面、深入、有效、稳定,才能最终实现办案能力的稳步提升,满足新形势的需要。

(作者单位:浙江省海宁市人民检察院)

论对检察机关职务犯罪侦查行为的监督制约

陈献炯

随着我国司法改革的逐步推进,法学界或司法界对检察机关行使自侦案件的侦查权提出了许多质疑的声音,围绕职务犯罪侦查权归属与行使方式也提出了各种各样的设计方案。最普遍也是最强烈的异议就是对检察机关行使职务犯罪侦查权的过程中,侦查活动缺乏有效的监督和制约。当前,如何加强对检察机关自身职务犯罪侦查工作的监督制约,规范侦查行为,完善内部和外部监督,对推进检察改革也就显得尤为迫切。

一、内部监督制约机制的构建

1. 推行侦查一体化工作机制,完善职务犯罪侦查体制。检察机关是国家法律监督机关,其在宪法上的法律地位决定了其具有高度独立性,而检察机关实行的上下级领导体制又决定了其可以高效运转。因此在检察制度的体系内成立相对独立的职务犯罪侦查的部门,将检察院的自侦案件交给他们去具体侦查。目前检察机关成立的侦查指挥中心,推动了上下级检察院加强侦查一体化办案机制的形成,但在领导指挥的力度及提高侦查办案效率上远远还不够。笔者认为应该从以下几个方面加以改革和完善:一是进一步改革现有的职务犯罪侦查指挥、领导体制,健全省、市两级职务犯罪侦查指挥中心建设,加大侦查指挥中心对自侦工作的领导指挥力度,加强对自侦案件线索的立案初查工作的监督。二是确立和强化上下级指挥机构的领导体制,使其成为相对独立运作的职务犯罪侦查办案主体,负责本院及下级检察院的职务犯罪侦查工作。依照职务犯罪案件线索统一管理和大要案线索分级原则,实行线索初查、立案侦查和案件侦查终结备案制度,侦查指挥中心通过电脑联网全程动态跟踪管理。三是通过强化侦查指挥中心对自侦案件的直接领导、指挥,将有利于减少各检察院单独办案的外部阻力,也将有利于防止有案不办,办人情案、办关系案等现象的发生。四是对这类案件的审查批捕、审查起诉,则由同级检察院的业务部门依法定诉讼程序进行审查。

2. 完善强制措施内部审查机制,严格强制措施适用条件。根据最高人民检察院颁布的《检察机关直接受理立案侦查案件的内部制约规则》,加强自侦案件的立案、侦查、强制措施的执行变更等活动的合法性监督,强化错案责任追究制度,规范扣押款物的管理等。一是改革当前检察机关实行的以上命下从的行政关系为主导的办案责任机制,进一步淡化检察机关的行政领导体制和色彩,

加强各职能部门业务上的相对独立性和决定权,赋予案件承办人、主认和主办检察官更大的办案自主权,改革和完善办案责任制、错案责任追究制。改变侦查部门与控告申诉部门、侦查监督部门和公诉部门的具体业务办理部门或人员缺乏相应的决定权和独立性,最终取决于领导的决定和意志的现实。二是在《检察机关直接受理立案侦查案件的内部制约规则》规定的基础上,强调自侦部门和侦查监督部门、公诉部门对自侦案件的独立审查原则,严格对自侦案件的侦查监督,进一步改革和细化各职能部门的办案程序,完善职能部门间的相互监督内容和要求。尤其是在自侦案件强制措施审查、审查起诉环节,加强各业务职能部门间相互监督制约效果。强化和完善对自侦案件的立案条件、决定逮捕条件的把握,强制措施合法性的把握等,加强有效的制约、监督,杜绝自侦案件立案侦查过程中强制措施执行、变更中违法现象的发生。三是改革和完善检察机关的检察委员会制度,改变和解决现实基层检察院存在的检委会人员构成的专业化程度不高,议事程序化、规范化不足,公开性不够而导致的缺乏监督及责任不清的问题。从检察工作体制上确保基层检察机关对重大疑难案件和重大问题的正确处理,确保检察执法和法律监督职能的准确行使,依法办案。四是建立对非法证据的审查排除制度,完善退回补充侦查制度,在审查起诉阶段确实把好证据关、质量关。

二、外部监督制约的构建

1. 主动接受人大对职务犯罪侦查工作的司法监督。根据宪法规定,各级人大是我国的最高权力机关,对包括检察机关在内的司法、行政机关都拥有最高的监督权。发挥人大对职务犯罪侦查活动的监督,也是人大对检察机关行使检察权进行监督的重要内容。一是司法活动的监督。人民检察院主要通过对有关案件的审查批捕、提起公诉以及侦查等诉讼活动行使其司法权。如对人大代表采取强制措施的报告、批准程序,就是对检察机关职务犯罪侦查活动的有效监督形式。人大司法监督,其中最重要的是对各类案件的公正性、合法性、严格性进行监督,其中最重要的是对其合法性的监督,只要依法办事了,就是排除了案件的有关当事人及其利害关系人的干扰。当然对于自侦案件的司法监督并不是对人民检察院办理案件的具体过程的监督,而是对其结果或效果的监督。二是司法制度的监督。这种制度的监督是指人大对人民检察院内部具体的机构设置、工作制度、人员配备、工作效率等情况,而不是指我国整个司法制度。在反腐败斗争中,人大司法监督就是要对人民法院和人民检察院制度建设进行宏观上的监督,督促其配备高素质的合格人才,依法建立健全各种业务机构,在完善的工作制度下进行高效率的工作。三是对司法人员的监督。一方面,是通过对检察官的任免进行监督;另一方面,是通过对检察官工作实绩和工作作风的考核、考查进行监督。这种监督可以讲是微观的具体的监督,不是以监督去左右司法人员办理案件的工作,而是通过对检察官具体工作的实绩和工作作风的仔细考核和考查,来监督其司法行为的廉洁性。四是司法评议监督,通过对人民检察院的工作计划、工作总结、工作情况汇报、查处重大案件情况等的评议进行监督。当前,各级检察机关的定期向同级人大报告查办职务犯罪的工作情况等,都是加强人大对职务犯罪侦查工作监督的有效形式。

2. 实行人民监督员制度。通过相关立法,确立人民监督员制度的法律定位,规范人民监督员的组织形式,改革和完善人民监督员的产生和监督权的授予机制。制定和规范法定监督程序和监督范围,明确监督的法律效力及后果等。根据司法实践较可行的方案是:一是人民监督员应由同级人大选举、同级人大授权、同级人大委派。二是下级的人民监督员应由上级检察机关选聘、委派,只有这样人民监督员到检察机关行使监督权才名正言顺。人民监督员制度作为一个具有政策依据、能够有效解决检察机关自侦工作突出问题的机制,有望在较短的时期内进入我国国家立法阶段。这意味着,人民监督员制度将继“人民陪审员制度”之后,成为正式纳入我国法律制度体系的司法监督机制。

3. 切实保障律师在职务犯罪侦查阶段的诉讼权利。2003年12月30日最高人民检察院通过《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》,这是检察机关进一步深化检察改革,通过保障律师权益自觉接受监督、约束自身执法行为、提高执法水平和办案质量的重要举措。明确

规定了关于律师会见犯罪嫌疑人的批准程序及相应执业权利；检察机关侦查办案过程中听取律师意见；律师查阅案卷材料；辩护律师申请收集、调取证据及关于律师投诉的处理等规定。律师权利是嫌疑人、被告人权利的延伸，律师权利的大小直接关系到嫌疑人、被告人诉讼主体地位的保障，必须扩大律师在侦查程序阶段的参与范围，把律师在侦查阶段的诉讼地位定义为辩护人，制定和完善保障律师在检察环节履行职责的具体程序；制定自侦案件侦查阶段对特定犯罪嫌疑人提供法律援助的具体规定。辩护权的主体是犯罪嫌疑人、被告人，但由于其涉嫌犯罪，人身受到控制，不能进行调查取证，不具有法律专业知识，无法充分地自行辩护以便与控诉一方相抗衡，因此需要有人主要是由律师来协助其行使辩护权，由律师介入侦查程序对侦查机关进行具体侦查行为有一定的制约作用。最高人民检察院《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》的通过，正是看到了我国刑事诉讼改革的前景，虽然对当前的职务犯罪侦查活动带来了很大的影响，但对检察机关正视职务犯罪侦查活动中存在的问题，真正地及早从提高自身犯罪侦查水平和业务素质来说，不能不认为是正确的决策。

（作者单位：浙江省温州市平阳县人民检察院）

如何认定渎职罪的“损失”

——以滥用职权、玩忽职守罪为视角

吴兴国

根据刑法第三百九十七条的规定，滥用职权、玩忽职守的行为只有致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，才能构成滥用职权罪、玩忽职守罪。此规定说明“重大损失”这一危害结果是划清罪与非罪的界限，是构成滥用职权和玩忽职守罪的必备条件之一，即行为人实施了违法行为必须造成重大损失，才能构成玩忽职守罪。危害结果的重大损失是玩忽职守罪构成的法定条件。由此观之，滥用职权和玩忽职守罪属于结果犯。所谓结果犯，是指以法定的危害结果作为犯罪构成客观方面的必要条件的犯罪。这就要求我们在司法实践中必须正确认定两罪中的“损失”的问题。本文就此展开讨论。

一、关于“损失”时间的认定

滥用职权罪、玩忽职守罪损失的确定，就是要解决以何时形成的损失为损失确定的最后时间，对此，刑法理论界和刑事司法实务部门存在过争议，主要有以下几种主张：

一种主张认为，作为立案标准，重大经济损失是指在人民检察院立案前，犯罪嫌疑人、犯罪嫌疑人所在单位或者其上级主管部门确实无法挽回的、由于犯罪嫌疑人行为所造成的那部分经济损失。第二种主张认为，应当以立案侦查时行为造成的损失为损失确定的最后时间。第三种主张认为，检察机关在审查起诉时挽回了损失的，就不能认为造成了实际损失，这就是说损失是否造成应以检察机关在审查起诉时是否挽回了损失为标准，已经挽回的，就没有造成损失；反之，则造成了经济损失。第四种主张认为，应当以法院受理案件时行为人确实无法挽回的损失为最后的实际损失。第五种主张认为，一审宣判前行为人确实无法挽回的损失为最后的实际损失。

《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（以下简称《立案标准》）附则（四）明确指出，直接经济损失和间接经济损失，是指立案时确已造成的经济损失。移送起诉前，犯罪嫌疑人及其亲友自行挽回的经济损失，以及由司法机关或者犯罪嫌疑人所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，不予减扣，但可以作为犯罪嫌疑人从轻处理的情节考虑，采上述第二种主

张。上述第一种主张以立案前所造成的损失作为最后的损失,其不妥之处在于“立案前”是一个模糊的、抽象的时间概念,如果以立案前的损失数额作为最终的损失数额,但当立案时损失数额又增加了,在这种情况下,仅以立案前的损失数额来认定损失显然会使损失的数额名不符实,即认定的损失数额低于实际的损失数额,这就必然会放纵犯罪。上述第三至第五种观点以在立案后判决前的不同阶段是否挽回了损失作为损失是否造成的标准,在逻辑上是说不通的,因为挽回损失是以损失已经造成成为前提的,没有损失就不存在挽回的问题,挽回了损失,只是损失发生后所采用的一种事后补救措施,不能因此而认定为没有造成损失。

二、关于“损失”的种类

根据最高人民法院 1999 年 8 月 6 日的司法解释规定,对滥用职权罪、玩忽职守罪中的“损失”,我们大体可以把它分为两大类:

(一) 根据“损失”是否可以用财务衡量的标准,将滥用职权罪、玩忽职守罪中的“损失”分为物质性损失和非物质性损失

物质性损失,是指滥用职权、玩忽职守的行为所造成的人身伤亡、人的健康损害或者财产上的毁损。物质性损失是可以用数量或者金钱的数额进行计算的。非物质性损失,是指滥用职权、玩忽职守的犯罪行为所造成的表现为非物质形态的正常的社会秩序、国家的政策、制度等不能有效地维护、切实地贯彻执行的一种状态。非物质性损失是不能用数量或者金钱的数额加以计算的,但可以通过考察民间的呼声、舆论的影响等途径确定其损失的程度。

物质性损失的具体表现有以下几种:(1) 人身伤亡。即人的死亡或者伤害。其中的伤害包括重伤、轻伤,而不包括轻微伤。根据规定,造成死亡二人以上,或者重伤三人以上,或者轻伤 10 人以上的,达不到上述情形之一的,不能构成玩忽职守犯罪。(2) 健康损害。即公民的身体健康遭受损害。这里所讲的健康损害,是指重伤、轻伤这些物理性伤害之外的对人体功能所造成的损害,如国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守的行为造成一个地方的环境严重污染,使当地的大量居民患上肺结核、心脏病或者导致人体畸形等。在这种情况下,行为人的行为并没有造成当地居民的伤害,但是使当地居民的健康遭受了损害。(3) 财产损失。根据刑法第三百九十七条的规定,这里所讲的财产损失,是指公共财产、国家和人民利益所遭受的损失。造成直接经济损失 30 万元以上的,或者直接经济损失不满 30 万元,但间接经济损失超过 100 万元的;徇私舞弊造成直接经济损失 20 万元以上的。

非物质性损失,是指滥用职权、玩忽职守的行为严重损害了国家声誉,或者造成了恶劣的社会影响、即严重损坏国家的形象、威望和地位等等。这意味着只要具备了“严重损害国家声誉”、“造成恶劣社会影响”两种情形中的一种,就可以构成滥用职权罪或者玩忽职守罪。这里所讲的“严重损害国家声誉”,一般是指具有下列情形之一:(1) 犯罪行为被国内外媒体广泛报道,严重影响我国政府在国内外的形象;(2) 犯罪行为损害了我国在国际上的威望和地位;(3) 犯罪行为在国内较大的范围内使国家机关及其工作人员的威信丧失或者信任度明显下降,造成一方的社会不稳定。这里所讲的“造成恶劣社会影响”,是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守的行为极大地破坏了国家机关工作人员的形象,引起了广大人民群众的强烈不满,甚至发生游行、示威、罢工等活动。

(二) 根据损失是由行为人滥用职权、玩忽职守的行为与结果之间的因果关系,可以分为直接损失和间接损失

第一,所谓直接损失,是指行为人滥用职权、玩忽职守的行为直接引起的损失,即行为人滥用职权、玩忽职守的行为与损失之间存在着内在的紧密的联系。进一步细分,还可分为直接经济损失和间接经济损失。直接经济损失是指,是指与行为有刑法上的直接因果关系的财产损失,减少的实际价值。由于违规贷款带来的利息损失,应视为直接损失行为人造成的直接经济损失,是行为人确实无法挽回的那部分经济损失;当行为人造成的直接经济损失达到“重大损失”的标准时,可以

构成犯罪。例如，执勤民警发现他人盗窃公共财物，为制止盗窃行为而逃跑，违反国家关于枪支使用的规定，向对方开枪，结果造成对方死亡。在本案中，执行民警滥用职权开枪射击的行为与盗窃行为人死亡之间就具有直接的因果关系。

第二，所谓间接损失，是指滥用职权、玩忽职守的行为自身在不具有造成损失的原因力，而是需要一定的中介因素才能造成的损失。实践中介入滥用职权、玩忽职守行为与损失之间的中介因素主要有：其一，介入被害人的行为，即被害人自身的行为对损失的发生具有一定的作用。其二，介入第三者的行为，即第三者的行为促进了损失的发生。其三，介入自然力。如某镇的镇长滥用职权决定放火开垦一片荒地种粮食，在点燃荒草后风向突变，结果导致与荒地相邻的一片森林被烧毁。

三、关于“损失”能否累计的问题

在司法实践中，存在行为人多次实施了滥用职权、玩忽职守的行为，但每一次所造成的损失都没有达到构罪的损失标准，但累计多次的损失，则达到了构罪标准的情形。例如，国家机关工作人员甲第一次滥用职权的行为造成了1人重伤、2人轻伤，第二次滥用职权的行为又造成了1人轻伤，两次总计造成1人重伤、3人轻伤，两次总和造成的损失达到了构罪的要求，但每次行为单独所造成的损失不符合《立案标准》所确定的滥用职权罪的构成所要求的造成重伤1人、轻伤3人以上的标准，对此类案件的行为人究竟能否按滥用职权罪定罪处罚。笔者认为，对于这种单次行为所造成的损失没有达到构罪标准，但多次行为所造成的损失总计达到了构罪标准的，只要没有过追诉时效的，应按犯罪处理。同理，滥用职权、玩忽职守所造成的经济损失也是应当累计计算的。这种做法有充分的立法上的根据。例如，刑法第一百五十三条第三款规定：“对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。”刑法第三百四十七条第七款规定：“对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。”刑法第三百三十八条第二款规定：“对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。”

（作者单位：浙江省温州市洞头县人民检察院）

试论职务犯罪立案制度的健全与完善

陈 裕

立案是享有法定侦查权和审判权的国家机关对所掌握的刑事案件材料进行审查，判明有无犯罪事实和是否应当追究刑事责任，依法决定是否作为刑事案件进行侦查和审理的诉讼活动程序。职务犯罪立案制度，是指检察机关受理或发现侦查管辖范围内的案件线索，并进行审查和初查，决定是否立案侦查的制度，是一个独立的刑事诉讼程序。由于职务犯罪发案规律的特殊性，立案程序在其侦查活动中有着显著的意义和作用。

职务犯罪刑事立案是检察机关在刑事诉讼中的第一个环节，是整个刑事诉讼程序公正与否的第一道防线。为了使实体法通过诉讼中的每一个案件的处理得到实现，程序结构必须按适用实体法以及实体性正义的要求来加以设计或构成。因此，刑事诉讼法的结构功能的加强和完善是实现实体法，尤其是实现宪法和刑法价值目标的重要保障。同时，也是实现刑事诉讼法自身价值的重要体现。

一、职务犯罪立案程序的价值分析

1. 启动刑事侦查程序。比较世界各国的刑事司法制度,在侦查启动模式上,有随机性启动和程序型启动两大模式。而我国的刑事诉讼立法确立的是侦查活动的程序性启动模式,其重要的目的就是规定了刑事案件的侦查权由侦查机关统一行使,侦查人员个人不能随机行使侦查权,立案程序实际上也是侦查机关对有关侦查人员的授权程序。这表明,在我国刑事侦查权受到更为严格的控制,这有利于保障侦查权的正确行使,但同时也牺牲了随机启动模式下的效率价值。

2. 赋予侦查前的审查权。立案标志着侦查机关作出一项有法律后果的决定。所以,法律确立了立案程序的同时规定了侦查机关审查权是逻辑的必然,尽管《刑诉法》没有明确规定案前审查的具体内容和方式方法,但在司法实践中援引《刑诉法》有关审查的规定,进行立案前的调查分析已实际成为侦查机关的必经程序,没有案前审查,立案就无从谈起。因而,赋予侦查机关案前审查权是立案制度的内在要求,现行的立法也大体反映了这种要求。

3. 具有诉讼效力。立案程序除了程序上的诉讼价值外,还具有一定实体意义,这主要体现在:(1)有关诉讼时效的规定,《刑法》第八十八条规定,立案后逃避侦查的不受追诉期限的限制;被害人在追诉期限内提出控告,侦查机关应当立案而不予立案的不受追诉期限限制。(2)对证据效力的影响,证据效力直接关系到实体结果。《刑诉法》第四十三条规定,侦查人员必须依照法定的程序收集证据,这是证据效力的诉讼法依据,立案对于证据的效力有决定性影响,比如立案前搜查所得到的证据就不具有合法性,因而就没有证据的效力。

二、职务犯罪立案制度存在的问题

1. 对立案前的初查程序规定不明确。由于职务犯罪案件的立案判断具有很强的证据性,这就要求在立案程序中有初步的调查取证规定。但现行《刑诉法》在規定立案条件的同时忽视了职务犯罪案件这种特殊性要求,仅对“有犯罪事实”作出判断的规定,而没有明确作出立案判断所必须的初步调查取证的程序,即没有对职务犯罪案件线索的审查作出具体而明确的规定,这显然没有真正体现职务犯罪案件的认识规律。检察机关的《细则》中尽管有关于初查的规定,但由于法律授权的不明确而具有较大的不确定性。此外,《检察官法》中也没有对检察机关和检察官作出可以随机调查和固定证据等行为的相关授权。

2. 初查与侦查界限不明。虽然检察机关的《细则》对初查程序作出了规定,但是由于没有与《刑诉法》的具体规定相衔接,导致初查与侦查的界限不明。在司法实践中,客观地讲初查除了不能采取强制措施外,实际上是与侦查行为没有得到区分,这不仅仅是初查的形式与侦查的一致性,更主要的是初查中的一切活动,包括调取证据、查询、询问等具体活动中,对外适用的法律依据只能都是《刑诉法》中关于侦查的条款规定,在相关活动的执行中使用的法律文书所引用的条款也只能都是侦查规定中的条款。因此,初查并非依据立案制度进行的,而是借用了侦查的权限,可见,立案程序中的初查制度本身对初查行为的调整作用并没有一个规范的表现形式,换句话说就是初查没有在立法上确立可以操作的依据,这也是对初查合法性产生质疑的一个重要的原因。

3. 立案与破案关系倒置。立案是为破案服务的,这在理论上不会有任何的疑问,但在司法实践中,自侦案件往往是在突破嫌疑人口供以后才立案的,很少有在取得口供之前立案的情况。有时为了使之前的传讯合法化,立案的时间又必须提前到传讯之前。当然有时也可以将获取口供作为初查中的询问,无论对程序做何种的处理,其本质都是在获得了当事人的有罪供述的情况下才进行立案的。在习惯上口供的突破就意味着案件的突破,这就在一定层次上产生了立案与破案倒置的关系,即立案为破案服务变成了破案为立案服务,破案成了立案的手段。由于立法并未明确立案前讯问的地位,在实践中只能变相地进行传唤,立案程序被形式化、仪式化的倾向也就随之出现,这也暴露出立案制度本身存有内容不足、规定不明、功能不强等缺陷。

三、职务犯罪立案制度的完善

1. 在立法上规定初查程序。对现行《刑法》进行修改时,在有关立案规定的章节里增加检察机关办理职务犯罪案件的审查规定,或者通过其他的特别立法,比如《反职务犯罪法》等确立初查的诉讼地位,明确初查的方式、手段和法律后果。只有确立初查的诉讼法依据,才能纠正初查活动与侦查活动共用一套诉讼文书的状况,真正区别侦查与初查,改变初查活动援引侦查条款这一形式违法的现象,同时避免了关于初查中获得的证据是否合法有效的争议,消除当前立案制度所隐藏的缺陷与危机。

2. 确立职务犯罪立案公开制度。由于职务犯罪案件的发案规律的特殊性,在诉讼制度方面,通过公开立案决定可以起到一定的监督制约作用。当前由于初查制度还没有法律化,初查与侦查不能清晰区分的情况下实行立案公开是不现实的,如果刑法规定了初查的内容,则立案前的初查就清晰地与侦查活动相区分,初查完成以后的立案公开应当不会再有障碍。因此,确立初查的诉讼法内容后就应当同时在诉讼法的条款中明确立案决定应当向当事人宣布和所在单位通报,以此来增强立案决定的透明度,便于接受群众的监督。

3. 与行政监察相衔接。职务犯罪案件的侦查与纪检监察工作中的查办案件是相互关联的,客观上也是相互渗透和互有交叉,不仅在案件的来源上具有共同性,现实中多头举报也越来越多,相互之间有越来越多的协调、合作与制约。因此,建立和完善双方的衔接制度,对检察机关的立案活动无疑可以形成有效的监督,在对职务犯罪案件的立案活动实行诉讼监督缺少客观可行性的情况下,这种监督是比较科学而有效的,这也是完善职务犯罪案件立案制度不可忽视的内容。

4. 严格限制撤案的比例。在初查法律化以后,立案制度较为完善的情况下,应该严格控制撤案,但在当前的情况下应当容忍撤案的存在,考核中既要体现撤案不是错案的理念,又不能鼓励撤案,而且要随着立案制度的不断完善逐步严格撤案比例,以便为立案制度的立法与执行提供科学的导向。

5. 实行人民监督员制度。根据高检院制定的《关于人民检察院直接受理侦查案件实行人民监督员制度的规定(试行)》,对不服逮捕决定和拟作撤案、不起诉处理的三类案件,纳入人民监督员监督程序,由人民监督员进行独立评议,提出监督意见。检察机关在认真听取人民监督员意见的基础上,依据事实和法律作出对案件的处理决定。毫无疑问,建立和实行人民监督员制度,是检察机关自觉接受外部监督,进一步增强执法透明度,提高和规范职务犯罪侦查工作的一项重要举措,对有效监督和控制检察侦查权具有深刻的现实意义。

(作者单位:浙江省温州市平阳县人民检察院)

股份能否作为贪污罪犯罪对象的刑法认定

孙莉莉

随着我国社会主义市场经济体制改革的深入发展,特别是在国有企业改制过程中,国有资产流失的现象日趋严重,其中股份作为国有资产的一种表现形式被侵吞的现象比比皆是。对此,笔者认为,对股份不能成为贪污罪的犯罪对象的观点值得商榷,现笔者从以下三个方面展开论述:

一、股份的实质与自然属性

首先要明确“股份”的定义。在《现代汉语词典》中是这样定义的,股份是“股份公司或其

他合伙经营的资本单位,”而股票是“用来表示股份的证券。”有关的教材中则对股份的概念和特征作如下定义:“股份是股份有限公司资本的最小构成单位,是股东权利义务的计算单位。股份以股票为其表现形式。”“股份是股东权的基础。股份表现为有价证券,具有可转让性。”我国《公司法》第4条规定:“公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。”

从股权(即股东权)的内容及行使方式来看,笔者认为,股权是一种与所有权、债权、知识产权等并列的一种财产权利。股权的内容一般可分为共益权和自益权两个方面。所谓“共益权”是指股东以公司利益为目的,参与公司决策和经营管理的权利,自益权是股东出于自身利益、依法从公司取得利益、财产或处分自己股份的权利,从《公司法》条文规定来看,“自益权”实际就是指《公司法》第4条中所规定的“资产受益权”,“共益权”实际就是指“参与重大决策和选择管理者等权利”。笔者认为,无论是共益权还是自益权,都是股权的权能,都是以股东的利益为最终归宿的,只不过自益权的财产性与目的性明显一些,而共益权的财产性与目的性表现的间接一些。但归根结底,共益权是为自益权服务的,是为了更好地实现自益权的手段性权利。所以从根本上讲,自益权与共益权是合一的。

综上,股份的实质和功能是股份所有人可以通过行使股权,来达到资产受益的目的,从而取得受益资产的财产所有权。虽然股份是股东权的基础,表现为一种权利,但它所对应的最重要的一个权利就是资产受益权。国家工作人员利用职务便利侵占股份,最终指向即是资产受益权。

其次,股份代表一种财产性的利益,它可以派生出财物或者金钱,可以用金钱来计算价值。虽然股票本身没有价值,但是行使股权却可以带来定期收益,增加所有者的财产。国家工作人员利用职务之便侵占股份,可以为其增加财产收入,与其直接侵占财物并无本质的区别。

二、在我国司法实践中,股份一直被纳入刑法保护范畴

第一,最高人民法院、最高人民检察院1992发布的《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》及最高人民法院1998年发布的《关于审理盗窃案件具体应用法律问题若干问题的解释》第5条第(二)项都作了这样的规定:“不记名、不挂失的有价证券,不论……股票应按照受贿当日证券交易所公布的该种股票成交的平均价格计算……”此规定已明确了股票可以成为盗窃犯罪的对象。“虽然贪污罪不是侵犯财产罪,但作为一种非法占有为目的的财产性职务犯罪,盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产犯罪的很多规定都可以参照适用于贪污犯罪中,犯罪对象方面的规定也可以参照适用。”

第二,股票可以作为贪污贿赂类的犯罪对象,在我国的司法实践中已有确认,如最高人民法院2003年发布的关于《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中规定:“涉及股票受贿案件的认定(1)国家工作人员利用职务上的便利,索取或非法收受股票,没有支付股本金,为他人谋取利益,构成受贿罪的,其受贿数额按照收受股票时的实际价格计算。”这里已明确将股票作为受贿罪的对象。虽然该《纪要》并未明确将股票作为贪污罪的对象规定下来,但两个罪名的对象除了在财物的公有性质上有区别外,其他方面并无实质区别,确是不争事实。所以,对股份可以作为受贿罪的犯罪对象的规定,可以这样理解:在股本来源是公共财物的前提下,同样适用于贪污罪。由于股份被侵吞是近年在国企改革中出现的新生事物,股份作为贪污罪的犯罪对象出现的案例较少,但建国以来浙江省最大的一起涉嫌贪污案即温州建设集团公司原总经理、温州市城市建设开发有限公司原董事长余小唐利用自己担任3家公司的职务便利,在没有出资的情况下,通过虚假出资、出让、转让股份,以他人名义为自己增加、变更股份等形式,侵吞公共财物达6000余万元即是一例。余小唐已被温州市中级人民法院一审以贪污罪判处死刑,缓期二年执行。

因此,笔者认为,在股本来源是公共财物的情况下,股份是可以成为贪污罪的犯罪对象的。

三、股份作为贪污罪的犯罪对象,其既、未遂标准的司法认定

这里首先要明确贪污罪的既、未遂判断标准。关于贪污罪的既、未遂判断标准,理论界一直有

争议,主要有以下四种学说:第一,失控说。该说认为贪污罪既遂与未遂的判断标准,应以财产所有人是否失去对公共财物的控制,即实际支配权为界限。第二,控制说。该说认为贪污罪既遂与未遂的判断标准,应以行为人是否取得对公共财物的实际控制与支配为界限。第三,失控加控制说。该说综合前述第一和第二种学说的观点,认为只有两种情况同时具备才构成贪污罪的既遂,否则就是未遂。第四,取得说。该说认为区分贪污罪既遂与未遂的标准,应看公共财物是否被行为人非法占有,如果行为人已经取得其本欲贪污的公共财物的,是贪污罪既遂;如果行为人未能取得公共财物的,则为贪污罪未遂。

笔者认同上述第二种观点,即控制说。公共财物的所有单位对财物失去控制,并不意味着行为人必然控制了财物;但是反过来,行为人“实际控制”了财物,必然意味着受害单位对于财物的“失控”。同时,最高人民法院2003年发布的关于《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中也作了明确规定:“贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪,与盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪一样,应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准。对于行为人利用职务上的便利,实施了虚假平帐等贪污行为,但公共财物尚未实际转移,或者尚未被行为人控制就被查获的,应当认定为贪污未遂。行为人控制公共财物后,是否将财物据为己有,不影响贪污既遂的认定。”可见,《纪要》已经将“控制说”作为贪污罪的既、未遂标准,在司法实践中已无争论的必要。在此,“财物”应做广义的理解,应包含股份等财产性权益在内。

那么,何为“实际控制”呢?“实际控制”是指对财物的有效控制,行为人可以自主的支配财物、处置财物,并不一定要将其“据为己有”。“据为己有”是指财物的所有权已完全转移到行为人名下,“实际控制”并不一定要以“据为己有”为前提。

具体到股份作为贪污罪的犯罪对象,应如何认定股份已被行为人实际控制了呢?贪污股份的犯罪数额应在哪一时刻计算呢?有人认为应以工商变更股东登记完成时为既遂标准,应在此时计算犯罪数额;也有人认为应以案发时行为人的股份所代表的资产额及股份收益为准。

贪污犯既是结果犯也是数额犯,数额犯是指刑法明文规定以一定物品的经济价值量或物理量作为定罪量刑条件的一类犯罪形态。数额犯既不是具体罪名,也不是法定的犯罪分类,而是对刑法规定以数额作为定罪量刑条件的犯罪进行的类型化。通俗地说,贪污行为必须达到法定数额,才能对其按贪污罪定罪量刑。5000元是一般情况下贪污罪成立犯罪的起刑点。持后一种观点的人认为,如果工商变更登记时股份所代表的价值还达不到贪污罪的最低数额5000元,而在以后的经营中形势大好,行为人的实际收益足以达到贪污罪的数额,而以前一种标准认定有可能这种情况就不能按贪污罪定罪,从而放任了这种行为。

笔者认为应以工商变更股东登记时为准,认定此时已构成贪污股份的既遂,也应以此时股份所代表的实际价值来计算犯罪数额。理由如下:

第一,后一种观点以案发时间为既遂标准,等于没有标准。试想早一点案发,贪污的股份市值可能是200万,晚一点案发可能是500万,再晚一点案发可能又变成0了,就是说在贪污行为切实实存在的前提下,案发时间倒成了决定行为人罪与非罪的关键了,这明显是荒谬的。

第二,既然贪污罪的犯罪既遂是以控制说为标准,工商变更股东登记之日起即代表行为人可以对内享受股东权利、对外承担股东义务了,可以享有这部分股份的收益权,可以转让等,此时行为人已真正实现了对这部分股份的支配权,因此以工商变更股东登记完成作为贪污罪的既遂标准是合理的。

综上,笔者认为,从保护国有资产的角度出发,股份作为贪污罪的犯罪对象,即有其必要性,又有其合理合法性。

(作者单位:浙江省嘉兴市嘉善县人民检察院)